



**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
SECCIONAL CUCUTA
BIBLIOTECA MANUEL JOSE VARGAS DURAN**

RESUMEN - TESIS DE GRADO

VIVIANA VICUÑA ANAYA. LUIS RODRIGO CASTELLANOS VICUÑA.
INGERMAN

PEÑARANDA GARCIA

AUTOR(es) Nombres y Apellidos Completos

DERECHO

FACULTAD

MAXIMO VICUÑA DE LA ROSA

DIRECTOR

APROXIMACION AL MARCO TEORICO DEL PROYECTO DE INVESTIGACION
“IGUALDAD JURIDICA Y PATRIMONIAL DEL CONTRATO DE PROMESA DE
COMPRVENTA DE INMUEBLE”

TITULO DE LA TESIS

RESUMEN

EL OBJETIVO FUNDAMENTAL ES UBICAR EL PROBLEMA PLANTEADO DENTRO DEL UNIVERSO DEL CONOCIMIENTO DE TAL MANERA QUE PERMITA AL INVESTIGADOR ORIENTAR LA BUSQUEDA ATRAVES DE LOS CONCEPTOS, PROPOSICIONES, POSTULADOS, NORMAS Y ESCUELAS. QUE LE PERMITAN TENER UNA VISION COMPLETA DE LA EXISTENCIA DEL EQUILIBRIO JURIDICO Y PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS QUE PARTICIPAN EN LA CELEBRACION DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRVENTA DE BIENES INMUEBLES.

CARACTERISTICAS:

PAGINAS: 78 PLANOS: _____ ILUSTRACIONES: _____ CD-ROM: 1

**APROXIMACION AL MARCO TEORICO DEL PROYECTO DE
INVESTIGACION
“IGUALDAD JURIDICA Y PATRIMONIAL DEL CONTRATO DE
PROMESA DE COMPRAVENTA DE INMUEBLE”**

**VIVIANA VICUÑA ANAYA
LUIS RODRIGO CASTELLANOS VICUÑA
INGERMÁN GEOVANNY PEÑARANDA GARCÍA**

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA SECCIONAL CUCUTA
FACULTAD DE DERECHO
SAN JOSE DE CUCUTA
2.008**

**APROXIMACION AL MARCO TEORICO DEL PROYECTO DE
INVESTIGACION
“IGUALDAD JURIDICA Y PATRIMONIAL DEL CONTRATO DE
PROMESA DE COMPRAVENTA DE INMUEBLE”**

**VIVIANA VICUÑA ANAYA
LUIS RODRIGO CASTELLANOS VICUÑA
INGERMÁN GEOVANNY PEÑARANDA GARCÍA**

DOCUMENTO FINAL DEL PROYECTO DE INVESTIGACION

**DIRECTOR DEL PROYECTO
Dr. MAXIMO VIUCÑA DE LA ROSA**

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA SECCIONAL CUCUTA
FACULTAD DE DERECHO
SAN JOSE DE CUCUTA
2.008**

NOTA DE ACEPTACION

.....
DIRECTOR DPTO. DE INVESTIGACION

.....
DIRECTOR DEL PROYECTO

TABLA DE CONTENIDO

Pág.

INTRODUCCIÓN

1. CAPITULO PRIMERO

1.1.	TITULO DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN	1
1.2.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.3.	DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	1
1.4.	JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	3

2. CAPITULO SEGUNDO

2.1.	OBJETIVOS GENERALES DE LA INVESTIGACIÓN	5
2.2.	OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL PROYECTO	5

3. CAPITULO TERCERO

3.1. MARCO REFERENCIAL	7
3.1.1 HISTORIA DEL ARTE	7
3.1.2 PRECEDENTE TEÓRICO	11
3.1.3 MARCO CONCEPTUAL	36
3.1.4 ANTECEDENTE LEGAL. JURISPRUDENCIAL Y EL DERECHO COMPARADO	45

4. CAPITULO CUARTO

4.1 DISEÑO METODOLOGICO DE LA INVESTAIGACION	64
---	-----------

5. CONCLUSIÓN	65
----------------------	-----------

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El marco referencial o teórico en el proceso investigativo, tiene como objetivo la de ubicar el problema planteado dentro del universo del conocimiento, de tal manera que permita al investigador orientar la búsqueda a través de los conceptos, proposiciones, postulados, normas y escuelas que le permita tener una visión completa del saber que existe sobre el tema

El grupo de investigación se fijó como objetivo, realizar un acercamiento a las tendencias epistemológicas contemporáneas y la manera particular de cada una de ellas, de concebir e interpretar el saber jurídico; construyendo de esta manera el marco referencial que servirá como fundamento para la ejecución del proyecto de investigación, que se dirige a determinar la existencia del equilibrio Jurídico y patrimonial del contrato de promesa de compraventa de los bienes inmuebles, en el nuevo contexto del derecho constitucional y civil colombiano.

Es importante la construcción adecuada del marco referencial en la investigación, porque además, de servir como soporte esencial para la solución del problema planteado en el proyecto, con

su elaboración se aporta un nuevo marco teórico – jurídico a la institución del precontrato y, se construyen las bases para lograr la actualización de la norma al nuevo contexto social, sea para adicionarla, complementarla o modificarla.

Se debe resaltar en este trabajo la connotación que tiene el tema en el ámbito nacional, porque, el contrato preparatorio es utilizado por la gran mayoría del pueblo colombiano que no ha podido resolver el problema de vivienda propia. Las personas que no pueden comprar de contado su habitación, se ven obligadas a celebrar una promesa de compraventa corriendo el riesgo de perder su patrimonio, porque la norma como esta concebida genera problemas a la hora de resolver los conflictos entre los particulares, con fundamento en el nuevo concepto de estado social de derecho.

El diseño metodológico de la investigación, entendido como la estrategia general que se adopto para responder al problema planteado, fue de tipo cualitativo con un enfoque hermenéutico - documental, fundamentado especialmente en la búsqueda, recuperación, análisis, crítica e interpretación, de datos secundarios, es decir, los obtenidos y registrados por otros investigadores, en fuentes documentales impreso y además, recolectando información sobre datos secundarios sobre todo los provenientes de fuentes o información bibliográfica.

CAPITULO PRIMERO

1.1 TITULO DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Aproximación al marco teórico del proyecto de investigación “igualdad jurídica y patrimonial del contrato de promesa de compraventa de inmueble”.

1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El grupo de investigación se fijó como meta en este trabajo, la de identificar dentro del saber filosófico - jurídico, las diferentes posiciones epistemológicas y su alcance interpretativo, que sirvan de fundamento teórico para la ejecución del proyecto de investigación, dirigido a establecer la existencia del equilibrio Jurídico y patrimonial, de las personas que participan en la celebración del contrato de promesa de compraventa de los bienes inmuebles, en el nuevo contexto del derecho civil colombiano.

1.3 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

El artículo 89 de la ley 153 de 1887 que modificó el 1.611 del Código Civil colombiano, rodeó de eficacia jurídica a la promesa de celebrar un contrato y le endilgó como característica esencial la de ser un convenio solemne. Dice la norma: *“La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes; 1. Que la promesa conste por escrito. 2. Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1502 del código Civil. 3. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de realizarse el contrato. 4. Que se determine en tal suerte el contrato, que para su perfeccionamiento solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales. Los términos de un contrato prometido, solo se aplicaran a la materia sobre que se ha contratado.”*

No obstante la solemnidad que rodea a la promesa, la simple exigencia del documento (privado o público) hace que este contrato desde el mismo instante de su otorgamiento quede en el anonimato, envuelto en un mandato de oscuridad que lo aísla y aleja del conocimiento público, siendo apenas conocido por las partes interesadas en el cumplimiento de la prestación acordada.

El supuesto de hecho que contiene el artículo antes mencionado, hoy por hoy, no está acorde con la realidad Jurídica del país, porque, si bien es cierto, este precepto le dio vida Jurídica al

contrato de promesa en nuestra legislación, también es igualmente cierto, que la comunidad colombiana en 120 años ha venido evolucionando a pasos gigantes en lo social, político, económico, científico, tecnológico y especialmente, en lo relacionado con el conocimiento jurídico; cambios que originaron una nueva estructura constitucional en el año de 1.991, que estableció una forma muy particular de concebir el derecho y la manera de interpretarlo.

Estas circunstancias han venido generando múltiples dificultades a la hora de interpretar y aplicar el contenido del artículo 1.611 del Código Civil, en la regulación de las manifestaciones de voluntad de las personas que celebran el contrato de promesa enfrentando la vieja estructura con la nueva concepción del derecho.

1.4 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Lo manifestado en la descripción del problema, hizo que este trabajo investigativo fuera oportuno y conveniente, porque, se busco dentro del pensamiento filosófico - jurídico, las diferentes posiciones epistemológicas que van a tomarse en cuenta para la construcción del marco teórico, que se utilizara en la ejecución del proyecto de investigación inicialmente referenciado.

Fue conveniente y oportuno el presente trabajo, porque, con la respuesta a la problemática planteada, se aporta un nuevo marco

teórico – jurídico a la institución del precontrato y, siembra las bases para lograr la actualización de la norma al nuevo contexto social, sea para adicionarla, complementarla o modificarla.

Igualmente hay que reasaltar, que la investigación realizada tiene una gran connotación social en todo el territorio nacional, porque, este tipo de contrato, hoy por hoy, es utilizado por la gran mayoría del pueblo colombiano que no ha podido resolver el problema de vivienda propia. Frente a esta problemática las personas que no pueden comprar de contado su habitación, se ven obligadas a celebrar una promesa de compraventa corriendo el riesgo de perder su capital, porque la norma como se dijo anteriormente, por ser tan antigua, esta generando problemas a la hora de resolver los conflictos entre los particulares cuando han celebrado un contrato de promesa de compraventa, teniendo en cuenta el nuevo contexto del derecho Colombiano.

En cuanto al diseño de investigación que se utilizo en este trabajo, entendiéndolo como la estrategia general que se adopto para responder al problema planteado, fue de tipo cualitativo con un enfoque hermenéutico - documental, fundamentado especialmente en la búsqueda, recuperación, análisis, critica e interpretación, de datos secundarios, es decir, los obtenidos y registrados por otros investigadores, en fuentes documentales impreso y además,

recolectando información sobre datos secundarios sobre todo los provenientes de fuentes o información bibliografía.

CAPITULO SEGUNDO

2.1 OBJETIVO GENERAL DE LA INVESTIGACIÓN

El grupo de trabajo trazo como objetivo general de la presente investigación, la de identificar dentro de la amplitud del conocimiento filosófico - jurídico, las diferentes corrientes epistemológicas y su alcance hermenéutico, que servirán de marco teórico, para la ejecución del proyecto de investigación, dirigido a establecer la existencia del equilibrio Jurídico y patrimonial del contrato de promesa de compraventa de los bienes inmuebles, en el nuevo contexto del derecho civil colombiano.

2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL PROYECTO

Igualmente el grupo de investigación en la ejecución del proyecto realizamos el trabajo con el fin de comprobar los siguientes objetivos específicos:

- Identificar las diferentes corrientes filosóficas que estudian las ciencias jurídicas.
- Establecer la escuela de hermenéutica jurídica que desarrolla cada postura epistemológica.
- Determinar las nuevas tendencias filosóficas - jurídicas que prevalecieron en la reforma constitucional de 1.991 en Colombia.

CAPITULO TERCERO

3.1 MARCO REFERENCIAL

3.1.1 HISTORIA DEL ARTE

Sobre la naturaleza Jurídica y los efectos de la promesa de contrato de compraventa de bienes inmuebles, existe abundante literatura en el conocimiento jurídico básico a nivel nacional e internacional, pero muy escaso en relación a trabajos de investigación Jurídica y sociojuridica.

Presentamos como referente en este trabajo algunas importantes y recientes ponencias presentadas por eminentes juristas en el foro internacional:

3.1.1.1 FORO: CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO CIVIL Y ROMANO, celebrado el 7 de septiembre de 2005 en México.

- * PONENCIA: LA PROMESA UNILATERAL DE CONTRATAR.

- * AUTOR: Licenciado *EMILIO GONZÁLEZ DE CASTILLA DEL VALLE*, en representación de la Escuela Libre de México.
- * ACADEMIA: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Circuito Mtro Mario de la Cueva s/m ciudad de la investigación en humanidades ciudad universitaria, del Coyoacán C.P México D. F.

- * REFERENCIA: El jurista mexicano estudia magistralmente la naturaleza Jurídica de la promesa de celebrar un contrato y el tipo de prestación que el genera, cuando tiene el carácter de bilateral; al respecto dice el maestro en su ponencia: “Si la esencia y los efectos del contrato de promesa es el de generar una obligación de hacer, el código civil federal es muy claro en cuanto a las consecuencias derivadas de su incumplimiento, puesto que el artículo 2027 señala que el acreedor tiene derecho a pedir que dicha obligación de hacer se ejecute por otro, a costa del obligando, cuando la sustitución sea posible; Además de responder por los daños y perjuicios que sean consecuencia directa e indirecta del incumplimiento, de conformidad con el artículo 2120 y 2110 del código civil federal.”

3.1.1.2 FORO: CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO CIVIL Y ROMANO, celebrado el 7 de septiembre de 2005, en México.

- * PONENCIA: EL CONTRATO DE PROMESA.

* AUTOR: Dr. FERNANDO HINESTROSA, en representación de la Universidad Externado de Colombia.

ACADEMIA: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Circuito Mtro Mario de la Cueva s/m ciudad de la investigación en humanidades ciudad universitaria, del Coyoacán C.P México D. F.

* REFERENCIA: El maestro colombiano analiza profundamente la procedencia del contrato y en forma especial la obligación que este acuerdo de voluntades produce en la legislación patria. Expresa el ilustre tratadista en su ponencia: “Razón de ser del contrato preparatorio: El contrato de promesa no tiene mayor antigüedad y no salio del razonamiento de los juristas. Su progenie es puramente practica 11. Surgió como promesa de compraventa y de allí se extendió a todos los contratos. En el mundo actual de los negocios, el contrato de promesa, tanto unilateral, como bilateral, ha alcanzado importancia y frecuencia enorme. Así, la opción es empleada intensamente en el comercio de toda calase de bienes muebles, especialmente de insumos, commodities, papeles y valores bursátiles, y la promesa bilateral es digiérase que imprescindible en la compraventa de inmuebles, para no hablar de la promesa de sociedad, tan útil en el proceso de formación de esos entes. Continúa mas adelante: ...17 Naturaleza de la obligación del promitente: El efecto propio, característico del contrato de promesa es la generación de una obligación de hacer, calificada, consistente en la celebración de un contrato futuro.....”

3.1.1.3 FORO: Artículo indexado publicado en la REVISTA CHILENA DE DERECHO. ISSN-0718-3437. Vol. 34.No. 3. pp. 395-404. Chile. 2007.

* **PONENCIA:** LA PROMESA OBLIGACIONAL EN LAS "PARTIDAS" COMO SEDE DE LA DOCTRINA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES.

* **AUTOR:** Dr. ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso en Chile.

* **REFERENCIA:** Dice el ilustre maestro Chileno refiriéndose a la promesa de celebrar un contrato; "En las Siete Partidas (siglo XIII) hay un título especial dedicado a las promesas, que en todo corresponden a las estipulaciones del Derecho romano clásico. Ellas habían caído en desuso en la época posclásica de aquel Derecho, pero la concerniente doctrina de los juristas fue conservada en el Corpus iuris civilis, de Justiniano, de donde pasó a las Partidas. El "Ordenamiento de Alcalá" (siglo XIV) derogó la forma estipulatoria, aunque en la práctica ella no se usara. Con todo, los juristas continuaron estudiando este negocio aun en época moderna. La razón que se propone para explicar esta subsistencia teórica de una forma no practicada es que la doctrina de las estipulaciones contiene todos los extremos del fenómeno obligacional (clases, modalidades, extinción, etcétera) en su estado más puro y que, por ende, los juristas aprovechaban la promesa para exponer una materia para la cual no encontraban otra sede más adecuada; hasta que, ya en época moderna avanzada, sobre la misma base fue creada la doctrina general de las obligaciones de los códigos modernos y del chileno entre ellos"

3.1.1.4 FORO: CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO CIVIL Y ROMANO, celebrado el 7 de septiembre de 2005, en México.

* **PONENCIA: EL CONTRATO PREPARATORIO EN EL DERECHO COMPARADO CON ESPECIAL ÉNFASIS EN EL DERECHO MEXICANO.**

* **AUTOR: Dr. JUAN LUIS GONZÁLEZ ALCÁNTARA.** Profesor de la Universidad autónoma de México.; Magistrado de la Corte Suprema Mexicana.

* **REFERENCIA:** Dice el jurista mexicano hablando de los requisitos para la validez del contrato preparatorio lo siguiente; “La mayoría de los códigos del país no requieren que el contrato se otorgue por escritura publica, salvo en el estado de México y Sinaloa. En donde es necesaria la escritura publica tratándose se bienes inmuebles. .. mas adelante agrega.... En lo que toca a la posibilidad de inscribir este contrato en el registro publico, en cinco entidades de la republica se toca el tema, Que permiten su inscripción cuando versen sobre inmuebles o derechos reales.”

3.1.2 PRECEDENTE TEÓRICO

Con el transcurrir del tiempo en el campo de la filosofía, se han venido construyendo y desarrollando una importante gama de corrientes epistemológicas, que dada su transcendencia y el contexto sirvieron como paradigmas, en la construcción, interpretación y aplicación del derecho.

Ante la dificultad de analizar en forma exhaustiva el inmenso universo de las corrientes filosóficas del siglo pasado, buscando la manera que este trabajo constituya un derrotero para la ejecución del proyecto de investigación propuesto, hemos seleccionado para su estudio las corrientes filosóficas de mayor importancia en el campo jurídico y, la escuela de hermenéutica Jurídica que con ella conjuga.

3.1.2.1 POSTURA FILOSÓFICA DEL POSITIVISMO

Esta escuela se fundamenta según el sentir del profesor Eladio Urbina en postulados; “Que no admiten como validos científicamente otros conocimientos, sino los que proceden de la experiencia, rechazando, por tanto, toda noción a priori y todo concepto universal y absoluto. El hecho es la única realidad científica, y la experiencia y la inducción, los métodos exclusivos de la ciencia.

Por su lado negativo, el positivismo es negación de todo ideal, de los principios absolutos y necesarios de la razón, es decir, de la metafísica.

El positivismo es una mutilación de la inteligencia humana, que hace posible, no sólo, la metafísica, sino la ciencia misma. Esta, sin los principios

ideales, queda reducida a una nomenclatura de hechos, y la ciencia es una colección de experiencias, sino la idea general, la ley que interpreta la experiencia y la traspasa. Considerado como sistema religioso, el positivismo es el culto de la humanidad como ser total y simple o singular.

El término positivismo fue utilizado por primera vez por el filósofo y matemático francés del siglo XIX AUGUSTE COMTE, pero algunos de los conceptos positivistas se remontan al filósofo británico David Hume, al filósofo francés Saint-Simón, y al filósofo alemán Immanuel Kant.

Comte eligió la palabra positivismo sobre la base de que señalaba la realidad y tendencia constructiva que él reclamó para el aspecto teórico de la doctrina. En general, se interesó por la reorganización de la vida social para el bien de la humanidad a través del conocimiento científico, y por esta vía, del control de las fuerzas naturales.

Los dos componentes principales del positivismo, la filosofía y el Gobierno (o programa de conducta individual y social), fueron más tarde unificados por Comte en un todo bajo la concepción de una religión, en la cual la humanidad era el objeto de culto. Numerosos discípulos de Comte rechazaron, no obstante, aceptar este desarrollo religioso de su pensamiento, porque parecía contradecir la filosofía positivista original. Muchas de las doctrinas de Comte fueron más tarde adaptadas y desarrolladas por los filósofos sociales británicos *John Stuart Mill* y *Herbert Spencer* así como por el filósofo y físico austriaco *Ernst Mach*.

Comte ofrecía una reorganización intelectual, moral y política del orden social. Adoptar una actitud científica era la clave, así lo pensaba, de cualquier reconstrucción. Afirmaba que del estudio empírico del proceso histórico, en especial de la progresión de diversas ciencias interrelacionadas, se desprendía una ley que denominó de los tres estadios y que rige el desarrollo de la

humanidad. Toda la atención debe centrarse en averiguar cómo se producen los fenómenos con la intención de llegar a generalizaciones sujetas a su vez a verificaciones observacionales y comprobables.

La obra de *Comte* es considerada como la expresión clásica de la actitud positivista, es decir, la actitud de quien afirma que tan sólo las ciencias empíricas son la adecuada fuente de conocimiento. Cada uno de estos estadios, afirmaba Comte, tiene su correlato en determinadas actitudes políticas. El estadio teológico tiene su reflejo en esas nociones que hablan del Derecho divino de los reyes. El estadio metafísico incluye algunos conceptos tales como el contrato social, la igualdad de las personas o la soberanía popular. El estadio positivo se caracteriza por el análisis científico o "sociológico" (término acuñado por Comte) de la organización política. Bastante crítico con los procedimientos democráticos, Comte anhelaba una sociedad estable gobernada por una minoría de doctos que empleara métodos de la ciencia para resolver los problemas humanos y para imponer las nuevas condiciones sociales.

Aunque rechazaba la creencia en un ser trascendente, reconocía *Comte* el valor de la religión, pues contribuía a la estabilidad social. En su obra *Sistema de Política Positiva* (1851-1854; 1875-1877), propone una religión de la humanidad que estimulara una benéfica conducta social. La mayor relevancia de Comte, sin embargo, se deriva de su influencia en el desarrollo del positivismo. Murió en París el 5 de septiembre de 1857.

Según *Comte*, los conocimientos pasan por tres estados teóricos distintos, tanto en el individuo como en la especie humana. La ley de los tres estados, fundamento de la filosofía positiva, es, a la vez, una teoría del conocimiento y una filosofía de la historia. Estos tres estados se llaman:

* El TEOLÓGICO, dice *Conte*, es ficticio, provisional y preparatorio. En él, la mente busca las causas y los principios de las cosas, lo más profundo, lejano e inasequible. Hay en él tres fases distintas:

* El Fetichismo, en que se personifican las cosas y se les atribuye un poder mágico o divino.

* El Politeísmo, en que la animación es retirada de las cosas materiales para trasladarla a una serie de divinidades, cada una de las cuales presenta un grupo de poderes: las aguas, los ríos, los bosques, etc.

* Monoteísmo: la fase superior, en que todos esos poderes divinos quedan reunidos y concentrados en uno llamado Dios.

En este estado, predomina la imaginación, y corresponde a la infancia de la humanidad. Es también, la disposición primaria de la mente, en la que se vuelve a caer en todas las épocas, y solo una lenta evolución puede hacer que el espíritu humano de aparte de esta concepción para pasar a otra. El papel histórico del estado teológico es irremplazable.

* El estado METAFÍSICO, o estado abstracto, es esencialmente crítico, y de transición, Es una etapa intermedia entre el estado teológico y el positivo. En el se siguen buscando los conocimientos absolutos. La metafísica intenta explicar la naturaleza de los seres, su esencia, sus causas. Pero para ello no recurren a agentes sobrenaturales, sino a entidades abstractas que le confieren su nombre de ontología. Las ideas de principio, causa, sustancia, esencia, designan algo distinto de las cosas, si bien inherente a ellas, más próximo a ellas; la mente que se lanzaba tras lo lejano, se va acercando paso a paso a las cosas, y así como en el estado anterior que los poderes se resumían en el concepto de Dios, aquí es la naturaleza, la gran entidad general que lo sustituye; pero esta unidad es más débil, tanto mental como socialmente, y el carácter del estado metafísico, es sobre

todo crítico y negativo, de preparación del paso al estado positivo; una especie de crisis de pubertad en el espíritu humano, antes de llegar a la adultez.

* El estado POSITIVO, es real, es definitivo. En él la imaginación queda subordinada a la observación. La mente humana se atiene a las cosas. El positivismo busca sólo hechos y sus leyes. No causas ni principios de las esencias o sustancias. Todo esto es inaccesible. El positivismo se atiene a lo positivo, a lo que está puesto o dado: es la filosofía del dato. La mente, en un largo retroceso, se detiene al fin ante las cosas. Renuncia a lo que es vano intentar conocer, y busca sólo las leyes de los fenómenos.

* EL CARACTER SOCIAL DEL ESPIRITU POSITIVO. El espíritu positivo tiene que fundar un orden social. La constitución de un saber positivo es la condición de que haya una autoridad social suficiente, y esto refuerza el carácter histórico del positivismo.

Comte, fundador de la Sociología, intenta llevar al estado positivo el estudio de la Humanidad colectiva, es decir, convertirlo en ciencia positiva. En la sociedad rige también, y principalmente, la ley de los tres estados, y hay otras tantas etapas, de las cuales, en una domina lo militar.

Valora altamente el papel de organización que corresponde a la iglesia católica; en la época metafísica, corresponde la influencia social a los legistas; es la época de la irrupción de las clases medias, el paso de la sociedad militar a la sociedad económica; es un período de transición, crítico y disolvente; el protestantismo contribuye a esta disolución. Por último, al estado positivo corresponde la época industrial, regida por los intereses económicos, y en ella se ha de restablecer el orden social, y este ha de fundarse en un poder mental y social.

* EL SENTIDO DEL POSITIVISMO. El saber positivo se atiene humildemente a las cosas; se queda ante ellas, sin intervenir, sin saltar por encima para lanzarse a falaces juegos de ideas; ya no pide causas, sino sólo leyes. Y gracias a esta austeridad logra esas leyes; y las posee con precisión y con certeza.

Una y otra vez vuelve Comte, del modo más explícito, al problema de la historia, y la reclama como dominio propio de la filosofía positiva. En esta relación se da el carácter histórico de esta filosofía, que puede explicar el pasado entero”
{1}

1. URBINA Eladio: Corrientes Filosóficas. Monografías .com.

3.1.2.2 EL POSITIVISMO JURÍDICO

El profesor German Cisneros Farias, lo define como: “El conjunto de normas puestas por los seres humanos, a través del Estado, mediante un procedimiento formalmente valido, con la intención o voluntad de someter la conducta humana al orden disciplinario por el acatamiento de esas normas”. {2}

Siguiendo las enseñanzas de la profesora Biella Castellanos:
“Los principales exponente de esta escuela filosófica – Jurídica son *Hans Kelsen*, *Alf Ross*, *Norberto Bobbio* y *Herbert Hart*, quienes son considerados como “positivistas

Hans *Kelsen* dice que “positivismo jurídico” es el nombre que damos a la teoría jurídica que concibe únicamente como “derecho” al derecho positivo, esto es, al derecho producido por actos de voluntad del hombre. Para este autor, dos son las consecuencias del positivismo jurídico: la distinción entre el derecho y la moral, como dos ordenes sociales diferentes, y la distinción consiguiente entre derecho y justicia por entender que la justicia es el modo como la moral se proyecta en el campo del derecho; y la idea de que todo derecho estatuido por quienes se hallan autorizados para producir normas jurídicas debe corresponder a la exigencia política y jurídica de la previsibilidad de la decisión jurídica y a la exigencia de la seguridad jurídica.

2. CISNEROS FARÍAS, Germán T del Derecho ED. Trillas 2da edición, Méx. 2000.)

Norberto Bobbio, distingue tres aspectos del positivismo jurídico: El primer aspecto o modalidad del positivismo jurídico, el autor italiano lo llama “positivismo jurídico metodológico”, por que consiste únicamente en un método de identificación y descripción de lo que se encuentra establecido como derecho. Lo llama También “positivismo jurídico en sentido estricto”.

Desde este primer punto de vista, en consecuencia, positivista es todo aquel que adopta frente al derecho una actitud éticamente neutral, esto es, que acepta como criterio para distinguir una norma jurídica de uno que no lo es ciertos datos verificables objetivamente y no la mayor o menor correspondencia con un determinado sistema de valores.

En segundo término, Bobbio identifica un positivismo jurídico como teoría del derecho positivo, que vincula la existencia del derecho a la formación

del Estado y que entiende que todo derecho es producto de la actividad del Estado.

En esta segunda modalidad, el positivismo jurídico es algo más que un método y se caracteriza por la idea de la supremacía del derecho producido por el Estado y por la idea de que las leyes tienen mayor valor como fuentes de derecho.

Por último el positivismo jurídico – según Bobbio - existe también como una determinada ideología, que como tal, enarbola una o ambas afirmaciones que siguen, (a) que todo derecho positivo es justo por el solo hecho de ser derecho positivo, sin importar su contenido, esto es al margen de su mayor o menor justicia de acuerdo con el sistema moral con que se lo enjuicie, es siempre un instrumento idóneo para obtener ciertos fines como el orden, la paz y la seguridad jurídica.

En cuanto a Alf Ross, este distingue seis tesis centrales o principales del positivismo jurídico, a saber: la distinción entre derecho y moral, o sea, la distinción entre dos modos distintos de hablar acerca del derecho: el derecho que es el derecho que debe ser. Según el jurista escandinavo, no existe conexión necesaria entre el derecho que es y el derecho que deba ser. Esto quiere decir que afirmar que algún derecho es no significa sostener que ese mismo derecho debe ser, y que postular que un derecho deba ser no significa afirmar que lo sea realmente; la concepción imperativista de las normas jurídicas, o sea, la convicción de que las normas jurídicas consisten en órdenes impartidas por unos seres humanos (en sentido amplio, los legisladores a otros seres humanos (súbditos); la idea de que el derecho es un conjunto de normas que se aplican por medio de la fuerza: la concepción mecanicista de la función judicial y la idea de que los jueces aplican derecho, pero no crean derecho; la idea de que todo ordenamiento jurídico debe ser obedecido y la negación de la existencia del derecho natural como un derecho anterior y superior al derecho positivo.

En cuanto a *Hart*, el jurista de Oxford sostiene que es útil identificar cinco significados diferentes de “positivismo jurídico”: la idea de que las normas jurídicas son órdenes o mandatos; la idea de que no existe conexión necesaria entre derecho y moral, o sea, entre el derecho que es y el derecho que debe ser; la idea de que el análisis de los conceptos jurídicos es algo que vale la pena, y que este análisis no debe de ser confundido con las investigaciones históricas acerca del origen de las normas, con las investigaciones sociológicas sobre la relación entre el derecho y otros fenómenos sociales, ni con las investigaciones estimativas que llevan a cabo una evaluación y crítica del derecho; la idea de que el derecho es un sistema cerrado de normas en el que las decisiones de los jueces pueden ser deducidas, por medios lógicos, de normas generales de la legislación; y la idea de que los juicios morales, o juicios de valor no pueden ser demostrados racionalmente.

Entre las principales escuelas del Derecho Positivo, encontramos a los Glosadores; quienes surgen en el siglo XII hasta el siglo XIV, su precursor fue el filósofo Irnerio de la Universidad de Pisa con la recuperación del Digesto de Justiniano. Misma que fue organizada por su escuela “el corpus juris Civiles”. El método que utilizó esta escuela fue que intercalaban letras en el texto y en los márgenes de sus páginas anotaban y desarrollaban sus comentarios.

La interpretación del derecho Romano fue lo más cercano a la letra, pues no contaban con una preparación histórica y además tenían dificultad gramatical. Para ellos, la base fundamental de la argumentación Jurídica era la ley; pero también se podía hacer uso de las “rationes”, como son los argumentos de convivencia, de oportunidad, justicia o lógica, pues era una forma de crear el derecho.

La Escuela de los Postglosadores; puesta esta orientó su actividad a las necesidades de su sociedad y de esta forma fue adaptando el derecho Romano de acuerdo a la época. Uno de los aportes de esta escuela es la creación de las

ramas del derecho Internacional Privado, La Teoría de las Corporaciones, La Teoría General del Derecho Penal y del Procedimiento Penal.

La Escuela Exegética encontrándose en tercer lugar; está surge después de la Revolución Francesa (1789) dando lugar a un movimiento codificador; el cual el pensamiento lusnaturalista de la Ilustración se encuentra en vigencia, misma que se caracterizaba por una excesiva fe en la razón, y con el acontecimiento de la época el legislador como representante del pueblo tenía la misión de transformar la “razón” en ley escrita; sistematizando la razón suprema y de ésta forma la establece en los diversos Códigos.

Como la característica fundamental de la Escuela de la Exégesis era el culto a la razón suprema, está trajo como consecuencia la inmovilización del contenido y forma del derecho, pues lo consideraban como un derecho perfecto; y de esta forma para el jurista era el estricto apego a la ley; pues en ella se encontraba la razón suprema del derecho, sin tomar en cuenta las condiciones socio-históricas donde funcionaban.

Esta escuela desarrolló el sistema cognoscivo del jurista, produciéndose el conocimiento científico a partir de un concepto, y de esta forma creándose otro concepto; de esta forma queda roto el conocimiento científico teórico y práctico. Toda vez que la razón se encontraba en la ley y esta se encuentra ya establecida en los Códigos, termina el derecho Natural racionalista.

La Escuela Histórica de Savigny, pues surge en Alemania en el siglo XIX, pues este pensador sostenía que es en la historia donde debe entenderse cualquier fenómeno social, incluyéndose al derecho.

Esta escuela pretendía tomar como base a la experiencia jurídica, tal como se aplica en la vida diaria en un país y en una época determinada.

La Jurisprudencia de los Conceptos; manifestaba que el derecho a demás de ser analítica debe ser creadora; mediante la construcción de conceptos jurídicos con reglas de lógica formal; realmente no tuvo utilidad Práctica. Uno de los seguidores de esta escuela fue Jhering, utilizando el método histórico natural de la Jurisprudencia” {3}

3.1.2.3 CONCEPCIÓN SOCIOLÓGICA DEL DERECHO

El profesor Jaime Giraldo Ángel y otros en la obra Metodología y técnica de la investigación sociojuridica al referirse a esta posición epistemológica dice:

3. biella_castellanos@yahoo.com.mx

“1.1. LA NATURALEZA DE LAS NORMAS EN LAS CONCEPCIONES SOCIOLÓGICAS DEL DERECHO. En estas concepciones se parte de la base de que el Derecho es creado a partir de la realidad social, por lo que la normatividad no puede ser más que la expresión de esa realidad. Hay dos corrientes claramente diferenciadas: La casualista y las teleológicas.

Las concepciones sicológicas casualistas: Durkheim se ocupó de estudiar el derecho como fenómeno social, cuando la sociología se movía todavía dentro de los parámetros de la causalidad eficiente de las ciencias naturales. Según el, el derecho no es mas que la expresión de la forma de organización de

las distintas estructurales sociales. “La vida, dice, donde quiera que tenga una existencia duradera, tiende inevitablemente a tomar una forma definida y a organizarse: el derecho no es otra cosa que esta misma organización en lo que tiene de mas estable y mas precisa. La vida general de la sociedad no puede extenderse a ningún campo sin que la vida Jurídica siga en el mismo tiempo y en las mismas relaciones”

En la misma obra el maestro Giraldo igualmente incluye dentro de la concepción casualista de la escuela sociológica el pensamiento marxista cuando afirma que el Derecho: “Es una superestructura que emana de la relaciones de producción en un momento histórico determinado. En la etapa capitalista, por ejemplo, el Derecho no es más que la consagración de las relaciones de dominación de la clase burguesa sobre la clase proletaria.”

Refiriéndose a la concepción sociológica Teleologica del derecho afirma:” **Las reglas sociales.** Muchas de las normas que regulan la vida social, van apareciendo como producto cultural de creación colectiva, como patrones estereotipados de conducta, como reglas sociales, dada la existencia de determinados fines que son inherentes a la condición humana, y la homogeneidad y persistencia en el campo de ciertas condiciones situacionales que definen el actuar. Es una creación social de normas reguladoras de la vida comunitaria. Para algunos autores estas normas constituyen derecho”. {4}

3.1.2.4 ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Un concepto claro y preciso sobre la nueva concepción del Estado Social de Derecho, lo expuso la Honorable Corte Constitucional cuando expreso;

“El artículo primero de la Constitución política de Colombia establece que “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”. El concepto de estado se define como: “Asentamiento humano dentro de un territorio con el ánimo de convivir mutuamente, se considera al estado la ultima etapa de la sociedad. El estado posee cuatro elementos esenciales: 1.Territorio: subsuelo, mar territorial, plataforma submarina, zona económica, espacio aéreo, orbita geoestacionaria, espectro electromagnético. 2. Población: nacionales: por nacimiento y por adopción, extranjeros poseen igualdad de derechos.

4. Giraldo Jaimes, Ángel. Metodología y técnica de la investigación Jurídica, novena edición, Santa fe de bogota, 2002, Ediciones Librería del Profesional,. Pág.247.

3. Estructura política: División del poder: legislativo, ejecutivo y judicial. 4. Sentimiento de pertenencia: Sentimiento de convicción de pertenecer a algún lugar.

La Corte Constitucional en sentencia C-449 de 1.992, define el estado social de derecho como: “3. La nueva Constitución Política definió a Colombia como un Estado social de derecho en su artículo primero. Se trata de una definición ontológica del Estado, de suerte que el concepto Estado social de derecho no es una cualidad accesoria del Estado sino parte de su esencia misma.

La concepción clásica del Estado de derecho no desaparece pues sino que viene a armonizarse con la condición social del mismo, al encontrar en la dignidad de la persona el punto de fusión. Así, a la seguridad jurídica que proporciona la legalidad se le auna la efectividad de los derechos humanos que se desprende del concepto de lo social. El respeto por los derechos humanos, de un lado, y el acatamiento de unos principios rectores de la actuación estatal, por otro lado, constituyen las consecuencias prácticas de la filosofía del Estado social de derecho. En este sentido el concepto de Estado social de derecho se desarrolla en tres principios orgánicos: legalidad; independencia y colaboración de las ramas del poder público para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado; y criterios de excelencia. 4. El principio de legalidad consiste en el hecho de que, a partir de la soberanía popular, cada una de las ramas y órganos del Estado ejercen un poder reglado (artículos 3º, 6º, 121, 122 y 123 constitucionales).

El artículo 3º de la Carta afirma que todos los poderes constituidos de la República se ejercen en los términos consagrados en la Constitución, de suerte que el único soberano es el pueblo. Ello constituye una diferencia respecto del régimen del siglo XIX, en el cual el poder legislativo era soberano. Hoy en día entonces, el propio Congreso se encuentra, como los demás órganos del Estado, sujeto a los límites que la Carta le establece. 5. La teoría de la separación de poderes ha sido reelaborada por la doctrina constitucional, pasando de su concepción clásica inicial de Montesquieu, en la que cada rama del poder hacía una sola y misma cosa -legislar, ejecutar, juzgar-, a una nueva concepción en la que los diversos órganos del poder se articulan mediante funciones separadas, destinadas a la consecución de unos mismos y altos fines del Estado (artículos 2º, 3º, 113, 365 y 366 de la Constitución).

Es por eso que el Congreso y el Gobierno deben coordinarse pero no duplicarse en las actividades que requieren su concurso simultáneo. Surge pues una interdependencia de las distintas ramas y órganos del poder, lo cual implica

incluso un control recíproco entre ellos. No se trata por tanto de una fragmentación del poder del Estado sino de una articulación a través de la integración de varias fuerzas. Un nexo sistemático vincula entonces los fines esenciales del Estado y su organización.

Como ya lo tiene establecido la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional en su primera sentencia en Sala Plena, "la visión de una rígida separación de los poderes debe ser superada en la concepción que concilia el ejercicio de funciones separadas -que no pertenecen a un órgano sino al Estado- con la colaboración armónica para la realización de sus fines, que no son otros que los del servicio a la comunidad" 1. Todo ello sin perjuicio de la constatación según la cual las ramas y órganos del Estado, al lado de sus funciones primigenias, desempeñan algunas funciones típicas de otras ramas y órganos. Se rompe así la matriz órgano-función, como ya lo había establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde 1985". {5}

{5} Corte Constitucional Colombiana sentencia C-449 de 1.992, *

3.1.2.5 HERMENÉUTICA JURÍDICA

Siguiendo las enseñanzas del profesor mexicano Daniel Pérez Reyes, plasmadas en el artículo "Algunas consideraciones sobre la Hermenéutica Jurídica, podemos afirmar que: "En épocas recientes se ha aquilatado el empleo de las Técnicas Legislativas, empero ciertamente, en la actualidad esta disciplina se encuentra poco evolucionada, por lo que podemos advertir que existe en nuestra legislación una falta de claridad, completitud y congruencia en los dispositivos que integran el sistema jurídico mexicano, sin

embargo esa asistematicidad no faculta al órgano aplicador para dejar de decidir las cuestiones que se sometan a la potestad jurisdiccional, de tal forma que a las autoridades judiciales les toca la importante labor de dar coherencia al sistema y con ello eficacia a la vigencia del Estado de Derecho.

Para garantizar la plenitud de la Hermenéutica de nuestro sistema jurídico el artículo 14, cuarto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que las sentencias del orden civil (entiéndase todas las que no pertenezcan al ámbito penal) deberán dictarse de conformidad con el texto de la ley o a su interpretación, y a falta de ésta se fundarán en los principios generales del derecho, sin embargo, para fines puramente dogmáticos, conviene plantearse las siguientes preguntas: ¿Los miembros de la judicatura conocen el sistema jurídico vigente? ¿Conocen los métodos de interpretación jurídica? ¿Saben qué y cuáles son los principios generales del derecho? ¿Saben cuales son los principios lógicos de la integración? ¿Conocen la diferencia entre interpretación e integración jurídica? ¿Son capaces de colmar las lagunas del sistema jurídico?

HERMENÉUTICA JURÍDICA: las acepciones de interpretación y hermenéutica han sido siempre términos relacionados, incluso equivalentes (interpretatio es la traducción latina del griego hermenéia). La etimología hermenéia sugiere la idea de develación, revelación; no obstante lo anterior, nosotros encontramos una diferencia substancial entre los términos de hermenéutica e interpretación, ya que el primero es el fin último y el segundo es el medio para alcanzarlo. Ahora bien, toda búsqueda de la plenitud sistemática parte de diferentes tipologías interpretativas que presuponen una controversia entre argumentos verosímiles, lo que convierte a la tarea hermenéutica en un procedimiento dialéctico para establecer un significado válido, el resultado de la antinomia se obtiene de un silogismo aplicador de los principios estructurales de la

lógica formal.(vgr. Principio de contradicción, principio de tercero excluido y principio de exclusión por contradicción).

Ya sabemos que un ordenamiento tiene lagunas legislativas no sólo porque carezca de algún dispositivo aplicable al caso concreto, sino también, cuando existan artículos que se contrapongan, porque entonces, en el último caso, se tendrá que interpretar cuál de ellos es el que predominará sobre el otro al momento de formarse el criterio para la decisión judicial y ello se logra con base a criterios teleológicos, funcionales, temporales, jerárquicos, sociales y de especialidad de las normas, pero jamás con base a criterios políticos o de supina ignorancia por parte del juzgador, porque entonces, a ese “juez”, más le vale abdicar de la toga con la que honrosamente fue distinguido en base, no solamente a sus méritos y honradez, sino también por habersele considerado un ser humano sabio y prudente.

Amen de lo anterior, no existe un criterio de solución absoluto. Existen muchos métodos de interpretación (sistemático, histórico, funcional, restrictivo exegético, sociológico, etcétera) empero, la solución correcta a la dicotomía debe ser siempre congruente y compatible con los anhelos e ideales de la sociedad de que se trate para que de esa forma se obtenga un sistema jurídico válido y a la vez eficaz (válido en cuanto no contraría la norma fundamental y eficaz en cuanto a que se respeta y cumpla) capaz de garantizar la vigencia del Estado de Derecho; por ello la interpretación hermenéutica niega la posibilidad de significados múltiples y contrastantes; en todo caso, la coherencia depende de la conformidad de la interpretación con el todo del sistema normativo que se presume integro, sin lagunas jurídicas; por ello el interprete del derecho dispone con anticipación del sentido que constituyen la tradición jurídica que persiguen los sentimientos de una nación.

LA INTERPRETACIÓN: La acepción “interpretación” proviene del latín: interpretativo (onis) y este a su vez del verbo interpretar (aris, ari, atus, sum) que

significa servir de intermediario, venir en ayuda de, y esta última excepción, por extensión: explicar de esta manera. Interpretar consiste en “declarar el sentido de una cosa”

Por otra parte, para entender el discurso jurídico es menester tener en cuenta que todo derecho tiene como condición la exigencia de ser formulado a través de un lenguaje. A este lenguaje bien se le puede denominar 'lenguaje jurídico' y siempre estará sujeto a interpretación.

La interpretación es, pues, un proceso intelectual que acompaña necesariamente la aplicación del derecho. Básicamente, todas las normas, en tanto que deben ser aplicadas de manera racional, requieren de una interpretación; pero, en todo caso, el acto de interpretación depende de la formación jurídica, así como de la cultura de la persona que interpreta, y es que el derecho no sólo se crea, modifica o extingue, mediante la actividad de los cuerpos legislativos, sino que en muchas ocasiones los órganos aplicadores lo complementan, modifican, crean, e incluso derogan; en efecto, al quedar en posibilidad de interpretar, el órgano aplicador incorpora o adiciona nuevos elementos a los materiales jurídicos existentes. En todo caso las interpretaciones que se hagan de un precepto o conjunto de ellos, siempre deben estar en concordancia con el sistema al que pertenecen, recordando aquí la idea jurídica de PLENITUD HERMENÉUTICA y sus principios de coherencia y unidad que traen como consecuencia no sólo la validez de esas normas, sino también la eficacia de las ya existentes.

Es preciso observar que la interpretación jurídica no es monopolio exclusivo de los órganos aplicadores del derecho. Hemos quedado que cualquiera que dote de significado al lenguaje jurídico, realiza una interpretación jurídica. Por el sujeto podemos clasificar a la interpretación como: auténtica, judicial, convencional, dogmática y particular.

La interpretación de las disposiciones jurídicas que constituyen una institución jurídica cualquiera, presupone necesariamente el manejo de los conceptos, nociones y dogmas que conforman dicha institución. Así condiciona la interpretación doctrinal a la interpretación pragmática. Aún más, la doctrina no sólo ha establecido los conceptos, nociones y dogmas que manejan jueces y abogados (y cualquier otra instancia de aplicación del derecho), sino con el mismo peso y autoridad han establecido las reglas de interpretación positiva. En efecto, en forma de máximas, sentencias o principios, la doctrina ha establecido las reglas de interpretación del derecho positivo y el juzgador que las desconozca pone en grave peligro la plenitud hermenéutica del sistema jurídico nacional al que pertenezcan.

LOS SISTEMAS DE INTERPRETACIÓN. Tres corrientes han sido de enorme importancia para la interpretación jurídica: la *interpretatio*, los glosadores y los comentaristas. Son en ellos donde se encuentran prácticamente todos los antecedentes de las reglas de la hermenéutica.

INTERPRETATIO. En un principio, en la antigua Roma, los pontífices, de manera exclusiva, realizaron la tarea de interpretar el derecho. Tarea que después fue asumida por los jurisconsultos: hombres entendidos en derecho. Así la *interpretatio prudentium* se convirtió en una fuente del derecho; fue el método que sirvió para convertir el derecho consuetudinario (sino scripto) en una de las formas del derecho escrito (*ius scriptum*) -vgr: como las XII tablas no podían satisfacer el incremento de las necesidades jurídicas, se recurrió a la *interpretatio*.

Con el paso del tiempo los interpretes iuris, en su afán de extender el derecho, llegaron a establecer reglas y formular principio jurídico, de ahí que el intérprete fuera conocido como: “aquel que establece el derecho”.

También existían **LOS GLOSADORES** quienes se dedicaban al estudio del derecho Justiniano (aunque también, en alguna medida, al derecho canónico y

germánico) su función consistía en explicar el sentido del texto legal. Para ellos no hay más derecho que el corpus iuris cívils, quienes ven en este cuerpo legal no un derecho sino el derecho. El derecho según la concepción de los glosadores se ha dictado una vez y para siempre y se encuentra, justamente, en las sentencias del Corpus Iuris Civilis.

Otras eran LOS COMENTARISTAS. Se suele incluirlos también como antecedente de la interpretación legal. Estos, en mayor grado que los glosadores, tienden a separarse del análisis literal, y es que los comentaristas aspiraran a la construcción de una teoría general, sacada, las más de las veces, de la interpretación que hicieron los glosadores; quizá es aquí en donde encontramos los orígenes del conceptualismo jurídico.

ESCUELAS DE INTERPRETACIÓN. Entre las escuelas dedicadas a la interpretación destacamos las siguientes:

LA ESCUELA DE LA EXEGESIS. Se caracteriza esencialmente, este movimiento iniciado en Francia, por un culto y fe ciega al texto de la ley, al extremo tal que se ha llegado a escribir: “Jamás escuela alguna hizo una profesión de fe más rígida, más completa, más dogmática, que la escuela de la exégesis”.

Dentro de esta corriente, los códigos (leyes escritas *latu sensu*) no dejan nada al arbitrio de un intérprete, éste no tiene ya por misión hacer el derecho: el derecho ya está hecho; por tanto, la misión del jurisconsulto, no es otra más que determinar la “voluntad del legislador”.

El sentido del texto de la ley se encuentra buscando la voluntad infalible del legislador, para lo cual es necesario:

1. La comparación del texto que se va a interpretar, con las demás disposiciones relativas a la misma materia o materia análogas;

2. La investigación de los motivos o del objeto de la ley e los trabajos preparatorios a su redacción o en el derecho anterior;
3. La apreciación de las consecuencias a que se conducirá una aplicación, todo esto para verificar si el legislador hubiera querido los efectos de estas interpretaciones.

LA ESCUELA HISTORICA. De acuerdo con esta escuela el derecho como lenguaje se crea espontánea, constante e imperceptiblemente en un determinado pueblo. A su juicio el derecho no es un producto abstracto de la razón humana, sino más bien es el resultado del espíritu del pueblo. Sostiene Savigny: "El derecho se crea por las costumbres y las creencias populares, luego por la jurisprudencia, pero no por el arbitrio de algún legislado".

Por todo ello la legislación debe ser entendida como meras indicaciones. Debemos interpretar la legislación como meras disposiciones provisionales dirigidas a los tribunales. La historia nos enseña que cuando el derecho se encuentra en progreso vivo no se siente necesidad alguna de codificación. "La marcha hacia la codificación es siempre ocasionada por la incontrastable decadencia del derecho".

En este sentido la legislación debe ser entendida como indicaciones que reflejan las tendencias del derecho consuetudinario.

LA JURISPRUDENCIA DOGMÁTICA. Sostiene que la jurisprudencia debe dejar de ser un conjunto de glosas y recetas prácticas, para convertirla en ciencia. La jurisprudencia se ocupa del derecho positivo para construir, a partir de él, un sistema unitario y coherente a través de un método lógico jurídico.

El sistema jurídico (construido por la jurisprudencia) es un conjunto de normas, reglas y principios jurídicos que permite regular cualquier caso de la vida social. De ahí que no existan lagunas. La incongruencia e incertidumbre de la ley

son siempre satisfechas mediante la creación de normas derivadas de los principios generales del sistema contenido en las sentencias judiciales. Dicho sistema va a proveer al juez o al jurista de una regla abstracta para solucionar todos los casos que la variedad de situaciones de la vida social le presente.

JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS. Esta escuela, al igual que la acabada de referir, encuentra en el derecho positivo el problema de su interpretación que es parte de su metodología.

La metodología de esta escuela consiste en analizar perfectamente todos los conceptos y subconceptos que de ellos se derivan para así tener una plena inteligencia del derecho, lo que a la vez viene a garantizar la seguridad en su aplicación.

JURISPRUDENCIA DE INTERESES. Esta corriente constituye una reacción contra la jurisprudencia de conceptos. Estudia al derecho entendido en cuanto la vida que puede estar influenciada por factores de tipo económico, científico, religioso, etcétera, mismos que generan incesantes conflictos que sin duda alguna fueron tomados en cuenta a la hora de crear la ley. Aquí se busca fundar en la experiencia todas las decisiones que no sean deducidas directamente de la ley. La jurisprudencia de intereses, introduce en el estudio del derecho la idea de finalidad.

LA ESCUELA CIENTÍFICA FRANCESA. Geny, quien es su más ferviente emprendedor, critica primeramente la identificación de la ley escrita con el derecho, aduciendo que el derecho, en sí, reconoce más tipos de fuentes formales tales como la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina, etcétera.

Según Geny “El límite de la interpretación de la ley es cuando se encuentra no sólo ante obscuridades e incertidumbres, sino ante lagunas. En este caso no es posible encontrar la voluntad del legislador (subjetiva). Es aquí donde aparecen

otros procedimientos en la búsqueda de las reglas jurídicas: 1.- La interpretación que consiste en superar las incertidumbres y oscuridades de la ley. 2.- La libre investigación que consiste en la elaboración de las reglas jurídicas con independencia de la ley escrita”, siendo este procedimiento lo único innovador de la escuela en cuestión en contraposición con las que le anteceder.

EL SOCIOLOGÍSMO Y LA ESCUELA DEL DERECHO LIBRE. Esta escuela nació con el objeto de atacar y sustituir la técnica jurídica para la correcta aplicación del derecho. El Derecho libre no es más que el derecho de los individuos y de la comunidad. El derecho libre es un derecho positivo, detrás del cual se encuentra un poder, una voluntad, un reconocimiento.

A este respecto señala Ehrlich que frente al derecho del Estado, frente a las leyes, existe un derecho dinámico y concreto, un derecho vivo de la vida social.

La escuela del derecho libre señala que los procedimientos de interpretación o integración son en gran medida ficticios. Se basan en la suposición ingenua e inconsciente de que exista un legislador que tenga exactamente los mismos deseos del que emplea los métodos de interpretación (juez), por lo que la función del interprete se constriñe en elegir las premisas legales para obtener una conclusión deseada, que no necesariamente es la que quiso el legislador, y así, la deducción lógica no pasa de ser mera apariencia: no está al servicio de la verdad sino del interés.

La situación anterior, señala Ehrlich, motiva para dejar libre el terreno a la observación metódica y a la aplicación práctica del derecho vivo. Las necesidades de la vida jurídica exige que la ciencia del derecho tenga una función creadora.

LA ANALOGÍA: Toca tratar, aunque sea someramente, algo relativo a la analogía como criterio de integración normativa. Esta palabra proviene del griego que significa “proporción”, “semejanza”, “de conformidad con la razón”. Debemos

entender por esta acepción, la relación de semejanza que se establece entre los elementos de cosa diferentes, la cual permite extender a una los predicados de la otra. Para que dos cosas puedan ser consideradas similares es necesario que tengan una o más propiedades en común, en la inteligencia que si tuvieran todas en común serían idénticas, si no tuviere ninguna, serían diferentes y por tanto no se podría aplicar ningún criterio analógico.

Ya sabemos que la analogía es una forma de autointegración del ordenamiento jurídico. Este método de razonar se basa en el principio lógico de: “Donde exista la misma razón debe haber la misma consecuencia” pero esa razón no debe ser apenas coincidente, sino de tal naturaleza que haga indispensable la aplicación de la misma consecuencia.

La expresión “analogía jurídica” indican la operación realizada por el juzgador para aplicar, a un caso no previsto por el orden jurídico, las disposiciones normativas destinadas a regir casos similares. De esta forma tenemos que la analogía jurídica aparece dentro del complejo proceso de la aplicación del derecho, se manifiesta particularmente, en la sentencia jurisdiccional cuando se trata de aplicar una norma general a un caso concreto no previsto. La aplicación analógica es un medio a través del cual el intérprete puede superar la eventual insuficiencia o deficiencia del orden jurídico.

Sentado lo anterior, es conveniente precisar que cuando hablamos de Interpretación, estamos reconociendo la existencia de norma, aunque el sentido de la misma sea oscuro o contradictorio, en cambio, cuando hablamos de analogía, no existe disposición alguna sino que más bien se crea la misma a través de procesos de integración.

El razonamiento analógico es pues uno de los medios hermenéuticos de que dispone el juzgador para colmar las lagunas del derecho, es: “el procedimiento que provee a la falta de la ley mediante la unidad orgánica del

derecho. La analogía jurídica, es pues un procedimiento de integración del derecho”.

Los juristas consideran que un caso es análogo y justifica la aplicación extensiva de una regulación jurídica cuando la aplicación extensiva al caso no previsto se basa en una similitud relevante. La razón suficiente de una regulación jurídica es lo que los juristas denominan “ratio legis” (y no la *ocassio legis*), entendiendo por ella el pretendido objeto o propósito que yace detrás del acto legislativo el cual se expresa en la conocida formula “aquello por lo que la ley establecida, sin lo cual no lo hubiera sido”.

El problema central radica en que la “similitud” que se encuentra en la base de la analogía es establecida por el propio intérprete, por lo que debe tenerse mucho cuidado a la hora de examinar la razón suficiente de similitud.

CONCLUSIÓN. La hermenéutica jurídica presupone necesariamente el manejo de los conceptos, nociones y dogmas que conforman la ciencia del Derecho. Los aplicadores del derecho tienen la enorme pero a la vez honrosa responsabilidad de otorgar sentido, a través de sus resoluciones judiciales, a la voluntad soberana del pueblo de México. Su labor es histórica y de inminente trascendencia, por ello debemos pugnar porque nuestros jueces sean personas comprometidas con los ideales de nuestra Nación.

En todo caso, como lo dijo el celebre procesalista uruguayo Eduardo J. Couture, “Tu deber es luchar por el derecho; pero el día en que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia”.{6}

3.1.3. MARCO CONCEPTUAL

El presente trabajo de investigación se construyó conceptualmente definiendo las variables contempladas en el problema, los objetivos y, además, los términos claves que se utilizarán con frecuencia en la investigación.

Dentro de esta investigación se tomaron conceptos fundamentales que giran en torno a la teoría de las obligaciones y la relación contractual que han operado en el campo del derecho civil:

* Nuestra Corte Constitucional ha venido reiterando que el ***estado social de derecho*** se concibe como: “El concepto de estado se define como: “Asentamiento humano dentro de un territorio con el ánimo de convivir mutuamente, se considera al estado la última etapa de la sociedad. El estado posee cuatro elementos esenciales: 1. Territorio: subsuelo, mar territorial, plataforma submarina, zona económica, espacio aéreo, órbita geoestacionaria, espectro electromagnético. 2. Población: nacionales: por nacimiento y por la adopción, extranjeros poseen igualdad de derechos. 3. Estructura política: División del poder legislativo, ejecutivo y judicial.

6. PÉREZ REYES Daniel. Algunas consideraciones sobre la hermenéutica Jurídica. Robertexto.com 2007.

4. Sentimiento de pertenencia: Sentimiento de convicción de pertenecer a algún lugar. La Corte Constitucional en sentencia C-449 de 1.992, define el estado social de derecho como: “3. La nueva Constitución Política definió a Colombia como un Estado social de derecho en su artículo primero. Se trata de una definición ontológica del Estado, de suerte que el concepto Estado social de derecho no es una cualidad accesoria del Estado sino parte de su esencia misma. ... mas adelante agrega.... En este sentido el concepto de Estado social de derecho se

desarrolla en tres principios orgánicos: legalidad; independencia y colaboración de las ramas del poder público para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado; y criterios de excelencia. 1. El principio de legalidad consiste en el hecho de que, a partir de la soberanía popular, cada una de las ramas y órganos del Estado ejercen un poder reglado (artículos 3º, 6º, 121, 122 y 123 constitucionales”).

* Una de las fuentes formales del derecho en Colombia es la **LEY** definida por el artículo 4 del código civil define la ley como “una declaración de voluntad soberana manifestada en forma prevenida en la constitución nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar”. La norma jurídica tiene el carácter de general, obligatoria coercitiva y es además, emana del poder legislativo para regular el comportamiento social”

* Don *Andrés Bello* en el artículo 74 de nuestro código civil colombiano, consagro el concepto de persona de la siguiente manera: “Las **PERSONAS NATURALES** son todos los individuos de especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”.

* Uno de los conceptos fundamentales en materia de contratos y obligaciones es el de establecer la definición de **derecho Personal o de Crédito**. En efecto el artículo 666 del código Civil colombiano define como; Derechos personales o de crédito: “Son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimento. De estos derechos nacen las acciones personales”.

* En nuestro derecho civil el patrimonio de una persona puede estar integrado por un conjunto de derecho entre los que se encuentran los **Reales**. Conforme el artículo 665 del código civil se define el derecho real como: “Derecho Real: Es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales”.

* El concepto de **bien** se encuentra definido en la doctrina como “las cosas materiales o inmateriales susceptibles de prestar utilidad al hombre y ser objeto de derecho o en otros términos susceptibles de apropiación”.
{7}

* El artículo 656 de la misma obra define el bien ***inmueble*** “como; las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles. Las casas y veredas se llaman predios o fundos”.

{7}. Alessandri Rodríguez, Arturo. Derecho Civil. Los bienes y los derechos reales, 4º Edición Editorial Nacimiento. Pág. 7, define el concepto de bien como:

* Para el derecho la ***Propiedad*** es el poder de señorío directo e inmediato que tiene una persona sobre un bien, por la que se atribuye a su titular la capacidad de disponer de ella, sin más limitaciones que las que imponga la ley. Según el artículo 58 de

nuestra constitución en Colombia “se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o de interés social, resultaren en conflictos los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica”.

* El código Civil nuestro en su artículo 669 define la propiedad como; “El derecho real de una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad”.

* En el derecho civil la realización de una conducta dirigida a adquirir el dominio de los bienes en cabeza de una persona se denomina **Titulo**. Una de las formas de adquirir el dominio de los bienes en nuestro sistema es la **Tradición** y, Consiste en la entrega que el tradente hace del bien objeto del contrato al adquirente con la intención y capacidad de querer trair y el adquirente con la intención de recibirlo.

* En nuestro medio jurídico, la manera de adquirir el dominio de los bienes se efectúa con la ejecución del **Modo**, que consiste en la realización de determinados hechos o la ejecución de ciertas conductas que la ley interpreta como idóneas para llegar a ser titular del dominio. El código civil las clasifica en: La ocupación, accesión,

tradición, la sucesión por causa de la muerte y la prescripción adquisitiva del dominio.

* En Colombia la inscripción del título debe realizarlo el comprador en el folio de la matrícula inmobiliaria del inmueble, en la oficina de registro de instrumentos públicos del lugar donde este se encuentre ubicado; para que se genere lo que conocemos como ***Propiedad Inscrita***.

* En nuestro medio notarial todos los actos jurídicos relacionados con bienes inmuebles y protocolizados por escritura pública deben ser inscritos en el ***Folio de Matrícula***, documento donde reposan toda la historia jurídica de un inmueble, en forma física y virtual. En él aparece inscrito lo referente a la identificación material, nomenclatura, linderos, área y la ciudad donde se encuentra ubicado y, además, los actos jurídicos que se realizan sobre la propiedad, sea para limitarla o gravarla.

* El ***Gravamen*** es una imposición o carga que se le atribuye concepto de propiedad en el sistema jurídico, que reduce los atributos de aquella.

* La manera como la misma ley impone temporalmente ciertas prohibiciones a la facultad de transferir el derecho de propiedad de una persona, se denomina ***Limitación de Dominio***.

* La jurisprudencia nacional en reiteradas ocasiones ha establecido que la ***declaración de Voluntad*** es la manifestación expresa en forma verbal o por escrito que efectúa una persona con la intención de obligarse frente a otra a través de un convenio y como tal se constituye como un elemento esencial del contrato

* La definición que tradicionalmente se plantea en relación al termino ***contrato***, es la utilizada desde el derecho romano como el convenio o acuerdo de voluntad, entre una parte que se obliga para con otra quien adquiere un derecho sobre el objeto del acuerdo.

El código Civil Colombiano en el artículo 1495 define el contrato como; “Un acto por el cual una parte se obliga para con otra, a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de de una o de muchas personas”.

El código Civil Francés en el artículo 1101 dice; “Que e contrato es la convención por la cual una o más personas se obligan, con otra u otras, a dar, hacer, o no hacer alguna cosa”.

El código Civil Chileno en su artículo 1438 estipula que el contrato es: “Un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”.

En el sistema contractual romano, el contrato aparece como una forma de acuerdo (conventio). La convención es el consentimiento de dos a más personas que se avienen sobre una cosa que deben dar o prestar.

En el campo jurídico el contrato puede tomar varias modalidades como por ejemplo, la de ser **Bilateral**, que se refiere a las obligaciones recíprocas que surgen entre la partes contratantes. En el evento que la ley establezca alguna formalidad o requisito que sea necesario para que el acuerdo de voluntades nazca a la vida jurídica estaremos hablando de un **contrato solemne**.

* La legislación civilista exige ciertos **elementos en los contratos** para que estos tengan eficacia Jurídica. Estos se refieren a los siguientes: 1. Elementos de la esencia: Son aquellos sin los cuales, el contrato no produce efectos jurídicos o no alcanza a nacer para el derecho o se transforma en otro tipo de contrato. 2. Elementos de la naturaleza: Son aquellos que se entienden incorporados en el contrato y que no requieren cláusula especial. 3. Elementos accidentales: Son todos los convenios especiales que las partes acuerdan en el contrato siempre que no sean contrarios a la norma.

* El **Vínculo Jurídico**, en la relación contractual consiste en el lazo que nace en el contrato por la manifestación de voluntad expresada libremente y que obliga a las partes que intervienen al cumplimiento de la prestación, que puede consistir en dar, hacer o no hacer a favor de otra persona.

* En el universo jurídico el concepto de **Obligación** es de los más importantes especialmente en las relaciones de tipo patrimonial. La doctrina toma como punto de partida el concepto que plasma el artículo 666 del código civil que afirma; “Derechos personales o de crédito:

son los que solo pueden reclamarse por ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído obligaciones correlativas, como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos”.

* La doctrina colombiana ha venido definiendo la **prestación** como la acción y efecto de prestar, ya sea un servicio en las obligaciones de hacer ó un dinero en las obligaciones económicas. En nuestra legislación civil se clasifican en obligaciones de: Dar. Hacer y no hacer; la **Prestación de Dar** en el campo del derecho civil la prestación de dar, significa la de transferir el derecho de dominio de un bien del tradente al adquirente en tanto la **Prestación de Hacer** Para el código civil Colombiano, nace de un contrato consiste en la realización de una conducta positiva por parte del que se obliga.

* Los acuerdos de voluntades relacionados con los bienes inmuebles la ley establece que sean elevados a **escritura Pública**, que es un documento público, autorizado por una persona que tiene la calidad de notario público en ejercicio de sus funciones.

* La **promesa de celebrar** un contrato esta contemplada en el artículo 1611 del código civil colombiano y hace relación al compromiso que adquieren las personas para celebrar un contrato futuro. La doctrina denomina a la promesa contrato preparatorio o precontrato. Históricamente se discutió si la promesa es un contrato autónomo, o si simplemente es preparativo de lo que será un contrato definitivo. Hoy en día parece claro que la promesa es autónoma, por

cuanto es un contrato con objeto propio (éste es el contrato futuro), y que seguirá siendo válido aunque el contrato futuro no se celebre, dando derecho a indemnización de perjuicios.

* El compromiso de compra futura según el artículo 861 del código comercio colombiano se denomina **Promesa de Compraventa** y consiste en la promesa de celebrar un negocio que producirá obligaciones de hacer, la celebración del contrato prometido se someterá a reglas y formalidades del caso.

* Una de las partes en el contrato de promesa de compraventa es el **Promitente Comprador**., persona o grupo de personas que se comprometen a transferir el derecho de dominio una vez se cumpla con el contrato prometido, la otra parte contratante es el **Promitente Vendedor** y para los efectos del contrato es quien se compromete a recibir el derecho de dominio una vez se cumpla con el contrato prometido.

* La corte constitucional ha sido enfática en resaltar el principio constitucional de **Publicidad** el cual tiene como factor primordial dar a conocer a todas las personas en el territorio nacional el acto o contrato celebrado referente a los bienes sujetos a registro (Inmuebles). El registro como tal tiene un valor informativo y en este sentido informa con efectos erga omnes las formas propias de cada acto o contrato celebrado sobre el inmueble sometido a registro.

3.1.4. ANTECEDENTE LEGAL, JURISPRUDENCIAL Y EL DERECHO COMPARADO

El desarrollo de la presente investigación se fundamento principalmente en las disposiciones legales y en decisiones de las altas Cortes en el Derecho Colombiano y comparado.

En el derecho patrio tomamos el siguiente orden jurídico relacionado con el objetivo general y específico de este estudio:

CONSTITUCION POLÍTICA DE COLOMBIA

Artículo 13: “Igualdad ante la ley y las autoridades. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozaran de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua religión, opinión pública o filosófica. El estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará las medidas a favor de grupos discriminados o marginados. El estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos maltratos que contra que contra ellas se comentan”.

Artículo 58: “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio. Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. Las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social, invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente”.

CODIGO CIVIL COLOMBIANO

Artículo 4 “Definición. La ley es una declaración de voluntad soberana manifestada en forma prevenida en la constitución nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar”.

Artículo 74: “Persona natural. Son personas todos los individuos de especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe condición.”

Artículo 740: “Definición. La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo. Lo que se dice del dominio se extiende a todos los derechos reales”.

Artículo 745: “Titulo traslativo de dominio. Para que valga la tradición se requiere un titulo traslativo de dominio, como la venta, permuta, donación, etc”.

Artículo 749: “Solemnidades especiales. Si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere el dominio sin ellas”.

Artículo 756: “Tradición de bienes inmuebles. Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del titulo en la oficina de registro de instrumentos públicos. De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos e usufructo o de uso, constituidos en bienes raíces y de los de habitación o hipoteca”

Artículo 655: “Muebles son los que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas”.

Artículo 656: “Inmueble. Inmuebles o fincas o bienes raíces, son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles. Las casas y veredas se llaman predios o fundos”.

Artículo 665: “Derecho real. Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales”.

Artículo 666: “Derechos personales o créditos. Derechos personales o créditos son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimento. De estos derechos nacen las acciones personales”.

Artículo 793: “Forma de limitación. El dominio puede ser limitado de varios modos: 1º) Por haber de pasar a otra persona en virtud de una condición; 2º) Por el gravamen de un usufructo, uso o habitación a que una persona tenga derecho en las cosas que pertenecen a otra; 3º.) Por las servidumbres”.

Artículo 1.495: “Definición de contrato. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra, a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de de una o de muchas personas”.

Artículo 1501: “Contrato real, solemne y consensual. El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando esta sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.”

Artículo 1530: “Definición. Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no”.

Artículo 1602: “Ley contractual. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”

Artículo 1605: “Obligación de dar. La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si esta es una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarla hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir”.

Artículo 1610: “Obligación de hacer. Mora del deudor. Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya: 1º) Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido; 2º.) Que se le autorice al el mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor; 3º) Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.”

Artículo 1611: “La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurren las circunstancias siguientes 1. Que la promesa conste por escrito. 2. Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1502 del código Civil. 3. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de realizarse el contrato. 4. Que se

determine en tal suerte el contrato, que para su perfeccionamiento solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales. *Los términos de un contrato prometido, solo se aplicaran a la materia sobre que se ha contratado”.

CODIGO DE COMERCIO COLOMBIANO

Artículo 861: “La promesa de celebrar un negocio producirá obligación de hacer. La celebración del contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso”.

CODIGO CIVIL FRANCES

Artículo 1101 C.C.F. "la convención por la cual una o más personas se obligan, con otra u otras, a dar, hacer, o no hacer alguna cosa".

Artículo 1317 (*Ley nº 2000-230 de 13 de marzo de 2000 art. 1 y art. 2 Diario Oficial de 14 de marzo de 2000*): “La escritura pública es aquella que ha sido recibida por los oficiales públicos que tengan el derecho de instrumentar en el lugar donde la escritura haya sido redactada, y con las solemnidades requeridas. Podrá ser extendida en soporte electrónico si fuera establecida y conservada en las condiciones fijadas por decreto del *Conseil d'Etat*”.

Artículo 1582: “La venta es un contrato por el cual una parte se obliga a entregar una cosa, y la otra a pagarla. Podrá ser llevada a cabo mediante escritura pública o privada”.

Artículo 1583: “Se perfeccionará entre las partes, y el comprador adquirirá de derecho la propiedad con relación al vendedor, desde el momento en que exista acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido todavía entregada ni el precio pagado”.

Artículo 1589: (Ley de 30 de julio de 1930).”La promesa de venta se considerará como venta, cuando existiera consentimiento mutuo de las partes sobre la cosa y el precio. Si esta promesa se aplicara a terrenos ya parcelados o por parcelar, su aceptación y el acuerdo que de ella resultara se establecerán mediante el pago de un anticipo sobre el precio, sea cual fuera la denominación dada a ese anticipo, y por la toma de posesión del terreno. La fecha del acuerdo, incluso regularizada ulteriormente, será la del pago del primer anticipo”.

Artículo 1589-1: (introducido por la Ley nº 2000-1208 de 13 de diciembre de 2000 art. 72 III Diario Oficial de 14 de diciembre de 2000 en vigor el 1 de junio de 2001). “Estará viciado de nulidad todo compromiso unilateral contraído con la finalidad de la adquisición de un bien o de un derecho inmobiliario por el cual se exigiera al adquirente del compromiso o se recibiera de él un pago, sea cual fuera la causa y la forma”.

Artículo 1590: “Si la promesa de vender se hiciera con entrega de arras, cada uno de los contratantes será libre de desligarse de ella, perdiéndolas aquel que las hubiera entregado, y restituyendo el duplo de ellas aquel que las hubiera recibido”.

CODIGO CIVIL VENEZOLANO

Artículo 16: “Todos los individuos de la especie humana son personas naturales”.

Artículo 526: “Definición son inmuebles por naturaleza Los terrenos, las minas, los edificios, y en general, toda construcción adherida de modo permanente a la tierra que sea parte de un edificio. Se concederán también inmuebles: Los árboles mientras no hayan sido derribados: Los frutos de la tierra y de los árboles mientras no hallan sido cosechados o separados del suelo: Los hatos, rebaños, piaras y cualquier otro conjunto de animales de cría, mansos o bravíos, mientras no sean separados de sus pastos o criaderos; Las lagunas, estanques, manantiales, aljibes y toda agua corriente; Los acueductos, canales o acequias que conducen el agua a un edificio o terreno y forman parte de un edificio o terreno y forman parte del edificio o terreno a que las aguas se destinan”.

Artículo 526: “La propiedad es un derecho de usar, gozar y disponer de una cosa de manera exclusiva, con las restricciones y obligaciones establecidas por la ley”.

Artículo 1.133: “El Contrato es una convención entre dos o mas personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico”.

Artículo 1.197: “La obligación es condicional cuando su existencia o resolución depende de un acontecimiento futuro e incierto”.

Artículo 1159 del C.C.V. “Los contratos tiene fuerza de ley entre las partes No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la ley”.*

Artículo 1265: “La obligación de dar lleva consigo la de entregar la cosa y conservarla hasta la entrega. Si el deudor ha incurrido en mora, la cosa queda a su riesgo y peligro, aunque antes de la mora hubiere estado a riesgo y peligro del acreedor”.

Artículo 1269:“Si la obligación es de dar o de hacer, el deudor se constituye en mora por el solo vencimiento del plazo establecido en la convención. Si el plazo vence después de la muerte del deudor, el heredero no quedará constituido en mora, sino por un requerimiento u otro acto equivalente; y, únicamente ocho días después del requerimiento. Si no se establece ningún plazo en la convención, el deudor no quedará constituido en mora sino por un requerimiento u otro acto equivalente”.

CÓDIGO CIVIL FEDERAL DE MEXICO

Artículo 2027: “Si el obligado a prestar un hecho, no lo hiciere, el acreedor tiene derecho de pedir que a costa de aquél se ejecute por otro cuando la substitución sea posible. Esto mismo se observará si no lo hiciere de la manera convenida. En este caso el acreedor podrá pedir que se deshaga lo mal hecho”.

Artículo 2248: “Habrá compra-venta cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero”.

Artículo 2243: “Puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro”.

Artículo 2244: “La promesa de contratar o sea el contrato preliminar de otro puede ser unilateral o bilateral”.

Artículo 2245: “La promesa de contrato sólo da origen a obligaciones de hacer, consistentes en celebrar el contrato respectivo de acuerdo con lo ofrecido”.

Artículo 2246: “Para que la promesa de contratar sea válida debe constar por escrito, contener los elementos característicos del contrato definitivo y limitarse a cierto tiempo”.

Artículo 2247: “Si el promitente rehusa firmar los documentos necesarios para dar forma legal al contrato concertado, en su rebeldía los firmará el juez; salvo el caso de que la cosa ofrecida haya pasado por título oneroso a la propiedad de tercero de buena fe, pues entonces la promesa quedará sin efecto, siendo responsable el que la hizo de todos los daños y perjuicios que se hayan originado a la otra parte”.

LEYES DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA

LEY 153 DE 1887:

Artículo 89: “La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurren las circunstancias siguientes; 1º.) Que la promesa conste por escrito.2ª) Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaren ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1502 del código Civil.3ª) Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de realizarse el contrato.4ª) Que se determine en tal suerte el contrato, que para su perfeccionamiento solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.* Los términos de un contrato prometido, solo se aplicaran a la materia sobre que se ha contratado.”

DECRETO 960 DE 1.970:

Artículo. 3: “Compete a los notarios 1) Recibir, extender y autorizar las declaraciones que conforme a las leyes requieran escritura pública y aquellas a las cuales los interesados quieran revestir de esta solemnidad. 2) Autorizar el reconocimiento espontáneo de documentos privados. 3) Dar testimonio de la autenticidad de firmas de funcionarios o particulares y de otros notarios que las tengan registradas ante ellos. 4) Dar fe de la correspondencia o identidad que exista entre un documento que tenga a la vista y su copia mecánica o literal. 5) Acreditar la existencia de las personas naturales y expedir la correspondiente fe de vida. 6) Recibir y guardar dentro del protocolo los documentos o actuaciones que la ley o el juez ordenen protocolizar o que los interesados quieran proteger de esta manera. 7) Expedir copias o certificaciones, según el caso, de los documentos que reposen en sus archivos. 8) Dar testimonio escrito con fines

jurídico-probatorios de los hechos percibidos por ellos dentro del ejercicio de sus funciones y de que no haya quedado dato formal en sus archivos.9) Intervenir en el otorgamiento, extensión y autorización de los testamentos solemnes que conforme a la ley civil deban otorgarse ante ellos. 10) Practicar apertura y publicación de los testamentos cerrados”.

Artículo. 12: “Deberán celebrarse por escritura pública todos los actos y contratos de disposición o gravamen de bienes inmuebles, y en general aquellos para los cuales la ley exija esta solemnidad”.

Artículo. 13: “La escritura pública es el instrumento que contiene declaraciones en actos jurídicos, emitidas ante el notario, con los requisitos previstos en la ley y que se incorpora al protocolo. El proceso de su perfeccionamiento consta de la recepción, la extensión, el otorgamiento y la autorización”.

Artículo. 68: “Quienes hayan suscrito un documento privado podrán acudir ante el notario para que este autorice el reconocimiento que hagan de sus firmas y del contenido de aquel. En este caso se procederá a extender una diligencia en el mismo documento o en hoja adicional, en que se expresen el nombre y descripción del cargo del notario ante quien comparecen; el nombre e identificaciones de los comparecientes; la declaración de estos de que las firmas son suyas y el contenido del documento es cierto, y el lugar y fecha de la diligencia, que terminará con las firmas de los declarantes y del notario quien, además, estampará el sello de la notaría”.

Artículo. 73: “El notario podrá dar testimonio escrito de que la firma puesta en un documento corresponde a la de la persona que la haya registrado

ante él, previa confrontación de las dos. También podrá dar testimonio de que las firmas fueron puestas en su presencia, estableciendo la identidad de los firmantes”.

DECRETO 1250 DE 1.970:

Artículo. 2: “Están sujetos a registro: 1. Todo acto, contrato, providencia judicial, administrativa o arbitral que implique constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre bienes raíces, salvo la cesión del crédito hipotecario o prendario”.

Artículo. 43: “Ninguno de los títulos o instrumentos sujetos a inscripción o registro tendrá mérito probatorio, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva oficina, conforme a lo dispuesto en la presente ordenación, salvo en cuanto a los hechos para cuya demostración no se requiera legalmente la formalidad del registro”.

Artículo. 44: “Por regla general ningún título o instrumento sujeto a registro o inscripción surtirá efectos respecto de terceros, sino desde la fecha de aquél”.

MARCO JURISPRUDENCIAL

Dentro del marco legal de este trabajo necesariamente se tuvo en cuenta el análisis jurisprudencial de las sentencias proferidas por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Honorable Corte Suprema

de Justicia de nuestro país, como condición sine quanon, para realizar la interpretación adecuada al ordenamiento positivo existente relacionado con el contrato de promesa de compraventa de bien inmueble:

JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA.

* La Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de fecha 12 de marzo de 2004, siendo magistrado ponente el Dr. Pedro Octavio Munar Cadena, definió el contrato de promesa de compra venta en los siguientes términos:

“1. Dentro de los pactos preliminares que pueden ajustar los interesados, camino a la generación del contrato, tiene especial relevancia el de promesa, que es un acuerdo de carácter provisional y transitorio, preparatorio de otro cuyo resultado no pueden o no quieren alcanzar de inmediato las partes, pero a cuya realización se comprometen mediante un vínculo jurídico previo que les impone la obligación recíproca y futura de concertarlo con posterioridad, agotándose en él su función económico - jurídica, quedando claro, entonces, que como “no se trata de un pacto perdurable, ni que esté destinado a crear una situación jurídica de duración indefinida y de efectos perpetuos, la transitoriedad indicada se manifiesta como de la propia esencia de dicho contrato” (G. J. CLIX pág.283).

No obstante que la eficacia final del contrato se encuentra encaminada a obtener la celebración del acto jurídico prometido, suele acontecer que las partes, además de acordar la prestación de hacer que la naturaleza del contrato les impone, ajusten otras obligaciones propias del negocio jurídico prometido (prestaciones anteladas), mediante las cuales persiguen la consecución de algunos de los efectos concernientes a éste. Son, pues, prestaciones que se avienen más con la naturaleza del contrato prometido, en el cual encuentran venero y no tanto con la de la promesa que, como ya se dijese, agota su eficacia final en el cumplimiento de una mera obligación de hacer. Tórnase equitativo, entonces, que las restituciones a que haya lugar por la resolución de la promesa, sean gobernadas por las normas reguladoras de las restituciones mutuas del contrato prometido cuyo cumplimiento antelado la origina y con cuya naturaleza se acomodan, desde luego que ellas son ajenas a la entidad del contrato de promesa, el cual, despojado de los pactos adicionales de esa especie, no da lugar a ninguna restitución entre las partes.”

* La Honorable Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y Agraria, siendo magistrado ponente el Dr. Pedro Octavio Munar Cadena con fecha diecinueve (19) de diciembre de dos mil cinco (2005), en el proceso radicado No.1100 1310 3010 1998 6332 01, refiriéndose a la promesa de compraventa como acto jurídico que no trasmite el dominio dijo lo siguiente:

“ Por lo demás, los razonamientos asentados en el fallo impugnado no riñen con los pronunciamientos que sobre el tema planteado ha expuesto esta Corporación, en los que ha sostenido que “ *el contrato de promesa ‘... no constituye un acto jurídico traslativo de la tenencia o de la posesión del bien sobre el cual ella versa’ (CCXLIII, 530), toda vez que ‘... por sus mismas connotaciones*

funcionales, en particular por limitarse a comprometer la conducta futura de los contratantes ... no resulta eficaz, para traducirse en fuente o detonante del dominio, ya que se repite, esa tipología de negocio preparatorio tan sólo origina una obligación de celebrar - in futurum – el contrato convenido (de hacer) y, en consecuencia, no puede -por definición – ser traslativo o constitutivo de derechos” (cas. civ. 8 de mayo de 2002, Exp.6763).

“ ... Para que la entrega de un bien prometido en venta pueda origina posesión material, sería indispensable, entonces, que en la promesa se estipulara clara y expresamente que el promitente vendedor le entrega al futuro comprador en posesión material la cosa sobre la cual versa el contrato de promesa’ (Se subraya, CLXVI, 51) ...” (sentencia de 22 de octubre de 2004. Exp.No.7757 “.

* La Honorable Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y Agraria, siendo magistrado ponente el Dr. CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE, con fecha Bogotá, D. C., veintiuno (21) de junio de dos mil siete (2007), en el proceso radicado No. 7892, en relación a la eficacia jurídica de la promesa dijo lo siguiente:

“Sobre el particular es menester reseñar cómo los contratantes, en la cláusula cuarta del mentado pacto de promesa, simplemente estipularon que el “otorgamiento de la escritura que perfeccione el presente contrato se hará una vez que ‘Corpavi’ o Banco Central Hipotecario apruebe el crédito solicitado por el promitente comprador”(fl.7vto.), lo cual en verdad no entraña un plazo o condición determinados que permita establecer, a ciencia cierta, la época que previeron para el perfeccionamiento o celebración del negocio prometido.

Al respecto la Corte ha precisado que “en tratándose del requisito 3º del art. 89 de la ley 153 de 1887, la única condición compatible con este texto legal, en consideración a la función que allí cumple, es aquella ‘que comporta un carácter determinado’, por cuanto sólo una condición de estas (o un plazo), permite la delimitación de la época en que debe celebrarse el contrato prometido”, ya que la “de la otra clase, precisamente por su incertidumbre total, deja en el limbo esa época, y con ella la transitoriedad del contrato de promesa que es una de sus características esenciales”(sentencia 010 de 22 de abril de 1997, exp.#4461); de suerte que para cumplir la exigencia prevista en el citado precepto normativo “no pueda acudirse a un plazo indeterminado o a una condición indeterminada, porque ni el uno ni la otra, justamente por su indeterminación, son instrumentos idóneos que sirven para cumplir el fin perseguido, que es el señalamiento o fijación de la época precisa en que ha de celebrarse la convención prometida” (G. J., t. CLXXXIV, Pág. 284).

De este modo, es evidente que el mencionado contrato de promesa de compraventa es absolutamente nulo, de conformidad con el artículo 1741 del Código Civil, cuestión que conduce a la confirmación de la sentencia apelada también en este otro aspecto, pues la excepción de prescripción extintiva que al respecto propuso la demandada no alcanzó configuración, por las razones consignadas en la sentencia a través de la cual esta Corporación desató el recurso de casación contra el fallo que mediante este se reemplaza, a cuyas consideraciones se remite para el efecto.

8. En cuanto toca con las prestaciones mutuas, que conforme al artículo 1746 del Código Civil se imponen como consecuencia del aniquilamiento del memorado acuerdo de voluntades, nota la Corte que ningún reparo le merece la estimación que hizo el juzgado alrededor de la forma mediante la cual ordenó

devolver la suma de dinero que con ocasión de dicho acuerdo recibió el actor de manos de la demandada”.

* La Honorable Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y Agraria, siendo magistrado ponente el Dr. PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA, con fecha doce (12) de marzo de dos mil cuatro (2004), expediente No. 6759 en relación a la eficacia jurídica de la promesa dijo lo siguiente:

“1. Dentro de los pactos preliminares que pueden ajustar los interesados, camino a la generación del contrato, tiene especial relevancia el de promesa, que es un acuerdo de carácter provisional y transitorio, preparatorio de otro cuyo resultado no pueden o no quieren alcanzar de inmediato las partes, pero a cuya realización se comprometen mediante un vínculo jurídico previo que les impone la obligación recíproca y futura de concertarlo con posterioridad, agotándose en él su función económico - jurídica, quedando claro, entonces, que como “no se trata de un pacto perdurable, ni que esté destinado a crear una situación jurídica de duración indefinida y de efectos perpetuos, la transitoriedad indicada se manifiesta como de la propia esencia de dicho contrato” (G. J. CLIX pág.283).

No obstante que la eficacia final del contrato se encuentra encaminada a obtener la celebración del acto jurídico prometido, suele acontecer que las partes, además de acordar la prestación de hacer que la naturaleza del contrato les impone, ajusten otras obligaciones propias del negocio jurídico prometido (prestaciones anteladas), mediante las cuales persiguen la consecución de algunos de los efectos concernientes a éste. Son, pues, prestaciones que se avienen más con la naturaleza del contrato prometido, en el cual encuentran venero y no tanto con la de la promesa que, como ya se dijese, agota su eficacia

final en el cumplimiento de una mera obligación de hacer. Tórnase equitativo, entonces, que las restituciones a que haya lugar por la resolución de la promesa, sean gobernadas por las normas reguladoras de las restituciones mutuas del contrato prometido cuyo cumplimiento antelado la origina y con cuya naturaleza se acomodan, desde luego que ellas son ajenas a la entidad del contrato de promesa, el cual, despojado de los pactos adicionales de esa especie, no da lugar a ninguna restitución entre las partes.

La Corte, en la sentencia proferida el 6 de julio de 2000 (Exp.No.5020), al examinar las restituciones a que da lugar la resolución del contrato de promesa de compraventa por acaecimiento de la condición resolutoria tácita y con miras a señalar un firme y claro derrotero jurisprudencial que superara las vacilaciones que con anterioridad se habían presentado en el punto, sostuvo:

“... En el asunto sub judice el contrato resuelto por el acaecimiento de la condición resolutoria tácita es un contrato de promesa de compraventa, en virtud del cual, como ya se anotó, además de la obligación fundamental de hacer el negocio prometido, los contratantes se obligaron a ejecutar, anticipadamente algunas de las prestaciones propias del contrato de compraventa prometido, como la entrega del inmueble objeto del mismo y el pago del precio, siendo esta última la obligación que parcialmente incumplió el promitente comprador y se instituye en causa de la pretensión resolutoria, pertinente resulta examinar si éste se sustrae a la eficacia del art. 1545 por verificarse en el ordenamiento legal el art. 1932 del mismo Código Civil, que expresamente retoma la eficacia recuperatoria de la resolución con respecto al contrato de compraventa y cuando ésta devino por el no pago del precio.

Ahora bien, como la prestación insatisfecha fue la atinente al pago del precio, propia del contrato de compraventa, aunque convenida anticipadamente por no haber oposición legal, válido resulta aplicar por vía de interpretación extensiva la disposición del artículo 1932 del C. Civil, haciendo al demandante acreedor de los

frutos “en la proporción que corresponda a la parte del precio que hubiere sido pagada”, por cuanto el factum objeto de análisis se subsume en la hipótesis legal descrita por la regla citada, porque el principio que en ella aparece implícito, que no es otro que el de la compensación entre frutos y réditos del precio no pagado (de ahí el criterio de proporcionalidad), cobra vida en el caso examinado, esto es, para cuando la resolución versa sobre un contrato de promesa de compraventa donde las partes convinieron anticipadamente el pago del precio de la cosa vendida y ésta es precisamente la obligación incumplida que realiza la condición resolutoria tácita”.

CAPITULO CUARTO

4.1 DISEÑO METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN

En cuanto al diseño de investigación entendiéndolo como la estrategia general que se adopto para responder al problema planteado, se utilizo en este trabajo:

La metodología que deriva de la investigación de tipo cualitativa, porque, como lo expresa Héctor Daniel Lerma, este tipo de investigación; “se refiere a estudios sobre el quehacer cotidiano de las personas o de grupos pequeños, en este tipo de investigación interesa lo que la gente dice, piensa, siente o hace, sus patrones culturales; el proceso y significado de sus relaciones interpersonales y con el medio”

8. LERMA, Héctor Daniel, Metodología de la Investigación, Propuesta, Anteproyecto y Proyectos, Bogota, Segunda Edición, Ecoe Ediciones, 2004.

El enfoque dado a la investigación fue hermenéutico - documental, fundamentado especialmente en la búsqueda, recuperación, análisis, crítica e interpretación, de datos secundarios, es decir, los obtenidos y registrados por otros investigadores, en fuentes documentales impreso y además, recolectando información sobre datos secundarios sobre todo los provenientes de fuentes o información bibliografía.

CONCLUSIONES

Realizado el trabajo de investigación propuesto, cuyo objetivo principal se fijo, en identificar dentro de la amplitud del conocimiento filosófico - jurídico, las diferentes corrientes epistemológicas y su alcance hermenéutico, que en el futuro van a servir de marco Teórico en la ejecución del proyecto de investigación, cuya meta definida es la de establecer, si realmente existe un equilibrio jurídico y patrimonial entre las personas que intervienen en la celebración del contrato de promesa de compraventa de los bienes inmuebles, teniendo como referente el nuevo contexto del derecho civil y constitucional colombiano, aquel arroja las siguientes conclusiones:

1. Que, en el campo filosófico – jurídico contemporáneo existe abundantes posiciones epistemológicas, como por ejemplo el positivismo jurídico, estructuralismo, fenomenológica y la escuela sociojuridica, que pueden ser utilizadas como referente teórico, para soportar la comprobación de los objetivos específicos que resolverá el planteamiento del problema del trabajo de investigación.
2. Se estableció que existen en la actualidad escuelas de hermenéutica Jurídica que establecen la manera concebir e interpretar el derecho, como por ejemplo la escuela exegetita que apoya el positivismo, la sistemática e histórica a la corriente sociojuridica etc.
3. Se determino abundante literatura Jurídica en el contexto nacional e internacional, relacionada con el contrato preparatorio de promesa de compraventa y publicaciones indexadas específicamente sobre el tema.
4. Se encontró que en varias legislaciones europeas, como por ejemplo la francesa, si bien es cierto, aceptan en forma expresa en el código civil la existencia del contrato de promesa de compraventa, aun no incorpora el concepto del registro como solemnidad y medio de publicidad en las oficina de registro de instrumento publico.

5. Se identifico, que en Latinoamérica la legislación Federal de México, contempla y acepta el contrato de promesa de compraventa de bienes inmuebles en forma especifica y lo que es más importante, se refiere al planteamiento del problema objeto de esta investigación.
6. Se estableció que en cinco (5) estados Federados de México, en las corporaciones legislativas regionales se discutieron ponencias con soporte teórico epistemológico, que lograron incorporar en los códigos civiles de estos estados federados el contrato de promesa de compraventa específicamente de inmuebles, como un acuerdo solemne y su incorporación e inscripción en la oficina de registro de instrumentos públicos.

BIBLIOGRAFIA

- * ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo: Curso de derecho Civil. Los bienes y los derechos reales, 4º Edición Editorial Nacimiento. Pág. 7.
- * BONIVENTO FERNANDEZ, Jose Alejandro. Los Principales Contratos Civiles y Comerciales. Tomo I y II Bogotá, Sexta edición, Ediciones Librería el Profesional, 2002
- * BONIVENTO JIMENES, Javier, El Contrato de Promesa de Compraventa de Bienes Inmuebles, Bogota, Segunda edición, Ediciones Librería el Profesional, 1.999.
- * COLECCIÓN CÒDIGOS, brevis, Constitución Política de Colombia. Bogota Décima Edición, Editorial Leyer, 2002.
- * CUBIDES CAMACHO, Jorge, Obligación, Bogotá, Quinta Edición. Pontificia Universidad Javeriana, Ciencias Jurídicas, Colección profesores, 2005.
- * COBAS, Manuel O. y ZAGO Jorge A.
<http://www.salvador.edu.ar/cobas1.htm#10>.

- * GIRALDO ANGEL, Jaime, Metodología y Técnica de la Investigación Sociojurídica, Bogotá, Novena Edición, Ediciones Librería Profesional, 2002.
- * GONZÁLEZ ALCÁNTARA JUAN, Juan Luis. Artículo publicado en la página Web [WWW.bibliojuridica.org./](http://WWW.bibliojuridica.org/) libros. 2007.
- * LEAL PÉREZ, Hildebrando, Código Civil Colombiano Anotado, Bogotá, Vigésima primera edición, Editorial Leyer, 2006.
- * LEAL PÉREZ, Hildebrando, Código de Comercio Anotado, Bogotá, Vigésima primera edición, Editorial Leyer, 2006.
- * LERMA, Héctor Daniel, Metodología de la Investigación, Propuesta, Anteproyecto y Proyectos, Bogotá, Segunda Edición, Ecoe Ediciones, 2004.
- * MONRROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al Derecho, Decimacuarta Edición. Editorial Temis, 2006.
- * NARVÁEZ GARCÍA, Jose Ignacio, Obligaciones y contratos Mercantiles segunda edición Santafé de Bogotá. Editorial Legis, 2002. Pág. 28
- * ORTIZ CASTRO, Jose Iván, Aproximación Metodología a los Niveles Jurídico-Político de la Investigación Social, Medellín, Tercera Edición, Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín. 2005.

- * PÉREZ Daniel Reyes. Archivo del portal de recursos para estudiantes. T.P://es www.robertexto.com.
- * PUERTA ECHEVERRY, Maria Patricia, Jurisprudencia Civil, Comercial y Familia, Bogotá, Primer Semestre de 2005, Librería Jurídica Sánchez, 2005.
- * VELA CAMELO Jaime Humberto. Invalidez e ineficacia del negocio jurídico. Primera edición. Bogotá. Jurídica Radar Ediciones 1989
- * VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil De las Obligaciones. Tomo III, Editorial Temis. Bogotá. 1990.
- * <http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho>
- * <http://www.definicion.org/ley>.
- * http://es.wikipedia.org/wiki/Fuentes_del_Derecho
- * http://es.wikipedia.org/wiki/Derechos_personales